✠

REFLEXIONES LEGALES

POR

D.ª MARIA FRANCISCA CABALLERO

DE ILLESCAS,

RELIGIOSA PROFESA EN EL
Monasterio de Señor S. Clemente el Real
de esta Ciudad

EN EL PLEYTO

SOBRE

LA SUCESION DEL MAYORAZGO

FUNDADO

POR D.ª ELVIRA TERESA VARELA,

MUGER

DE DON JUAN ARIAS DE SAAVEDRA

SU SEGUNDA ABUELA:

CON

DON JOSEF DE SAAVEDRA Y EGUES
Colateral de dicha Fundadora.

CON LICENCIA:

En Sevilla, en la Imprenta de Don Manuel
Nicolas Vazquez, y Compañía.
Año de 1786.

NE AUFERAS DE ORE MEO VERBUM veritatis usquequaque: quia in judiciis tuis supersperavi.

Psalmist. Rex in Psalm. 118. vers. 43.

I. MANTENER, Defender, y Propugnar los Derechos propios, Honras, Dignidades, Preeminencias, y Privilegios, es innata obligacion de los Hombres, afianzada en los principios del Natural, Divino, y Positivo; (1) de tal manera, que es gravemente culpable, y reprehensible su omision por ellos mismos: (2) procediendo esta con mayor razon, para con los que se tienen, ò competen à la succesion de Mayorazgos, ò Feudos; (3) pues si en los de distinta naturaleza deben aquietarse, y separarse de su Instancia los Litigantes, conformandose con las primeras Resoluciones, y Determinaciones; no asì en estos, que están obligados à seguirlos, llegando hasta los ultimos Recursos, y Sentencias.

II. En fuerza, pues de ella, no ha podido Doña Maria Francisca (Casa 12) abandonar, ni dexar de promover con el mas fuerte empeño, y tesòn el incontrastable Derecho, que tiene, y le està dispensado por ministerio de la misma Ley del Reyno (4) à la sucesion del Mayorazgo, que se està litigando, fundado por Doña Elvira Teresa Barela (Casa 3) vacante por muerte de Doña Beatriz Caballero de Illescas, Marquesa del Casal (Casa 11) su hermana, y ulti-

ma

(1)
Cap. fin. Dist. 89. ibi: Quod dum quilibet servat suum gradum Societas hæc humana in pace conservatur.

Tiber. Decian. concil. 7. n. 7. & 71. lib. 3. La L. observandum ff. de oficio Præsidis: ibi ut Authoritas Dignitatis ingenio suo augeat. Ex leg. 1. ff. de Postuland. ibi: suæ Dignitatis tuendæ Decoris causa.
La L. 4. tit. 5. Part. 1. Cap. Esaiæ: ibi: non dabis gloriam tuam alteri: C. Baruc: ibi: non tradideris gloriam tuam alteri, & Dignitatem tuam genti alienæ.

(2)
Cap. Episcopus de Præbend. cap. commissa de Election. in 6.
D. D. Salgad. de Labyrinth. part. 3. cap. 11. num. 37.
Mieres de Majoratu 4. part. quæst. 40. n. 54.

(3)
D. Manuel Alvarez Pegas. Resoluciones Forenses. cap. 4. n. 88. ad medium cum multis. Ibi: Posessores. Majoratuum non possunt bonam fidem agnoscere sed debent spectare Sententias, & Revissiones.

(4)
La Ley 45. de Toro. Gom. in ea, & omnes Tauristæ.

ma Poseedora; pretendiendo, que enmendandose por contrario Imperio la Sentencia del Ordinario de la Villa de Utrera, en que mandò dar la Posesion dél, y sus bienes sin perjuicio à Don Josef de Saavedra y Egues, (Casa 10) se declarase haverse transferido por la misma citada Ley del Reyno en la dicha Doña Maria Francisca, como inmediata Sucesora de su hermana, la mencionada Marquesa del Casal, su ultima Poseedora, y segùnda nieta de la expresada Fundadora, Doña Elvira Teresa Barela (Casa 3) mandandole dar la real, actual, corporal, *vel quasi*, con recudimiento de frutos desde la vacante, no obstante ser Religiosa Profesa, y haver renunciado antes de su Profesion. Asi se mandò por dicho Ordinario con acuerdo y dictamen del Assesor, el Dr. D. Bartolomè Romero Gonzalez; de lo que agraviandose, bien que sin razon, el Don Josef Saavedra, apelò al Tribunal de VS., donde solicita la revocacion de dicha primera Sentencia, quando lugar no huviese à recebirlos à prueba.

III. Aunque conoce clara, y fundada la justicia, que contempla asistirle para obtener, y pudiera por esto omitir, hacer manifestacion de ella por escrito; y mas, siendo tan poderosa la verdad, que por sì misma se manifiesta, y defiende sin necesidad de Patrono: (5) con todo, ò ya porque no se presuma, que es querer à esfuerzos del Ingenio, y de la Eloquencia hacer mejor la causa; (6) como cantò Lucano: *addidit invalidæ Robur facundia causæ*: ò ya, porque ha-

(5) Tantam semper Potentiam Veritas habuit, ut nullis machinis, aut cujusquam hominis ingenio, aut arte suberti potuerit, & licet in causis nullum Patronum, aut Defensorem obtineat per se ipsam defenditur.

(6) Luc. de bello civil. lib. 7.

habiendose de ver, y determinar en tan Sabio Senado, centro de la Verdad, y Justicia, y donde siempre se procede con el mayor amor à ambas; (7) estaria de mas ciertamente: Pero no obstante, conociendo al mismo tiempo, Doña Maria Francisca, que mientras mas se exâmina, y trata, mas se descubre, aclara, y luce la Verdad; (8) para que se vea la que, asi en el Hecho, como en el Derecho de este Pleyto brilla; no escusa exôrnarla, manifestando, no los muchos fundamentos, que la persuaden, y califican, sino solamente aquellos, que con evidencia la demuestren; (9) dividiendolos, aconsejada de Ovidio; *De sine plura, Puer, & quod nunc instat agamus*: para su mayor claridad, (10) en dos Partes; reflexionando: En la primera, que por la misma Ley le està conferida desde la muerte de la Marquesa, ultima Poseedora, y pasò la Posesion civil, y natural, y se transfiriò en la dicha Doña Maria Francisca por ser la siguiente en grado, que ha Derecho de heredar; y que en haverlo asi declarado, mandandole dar, en su consequencia la real, actual, corporal, *vel quasi* con recudimiento de frutos desde la vacante, el referido Ordinario; ohrò conforme à la terminante disposicion de la mencionada Ley Real; por cuya causa es de confirmar, con costas. En la segunda: Que, ni el Proceso, ni el Auto difinitivo contienen nulidad alguna; (11) y que no deben recibirse à Prueba, sino denegarse como inutil, con expresa condenacion de costas al Don Josef Saave-

(7) L. 10. tit. 17. lib. 4. N. R.

(8) Seneca ad Donatum cap. 29. ibi: Magis enim Veritas elucet quo sæpius ad manum venit. Cap. 7. grave, 35. quæst. 9.

(9) Cap. fin. quæst. 5. ibi: Et tandem actio ventiletur, quousque ad rei veritatem deveniatur.

(10) Ovid. Elegia 9. Et ex leg. 1. ff. de dol. & metus exeption. *Ibi*: quælibet res divisa melius inteligitur.

(11) Memor. ajust. n. 36.

dra (Casa 10) no solo de las de esta instancia; sino es tambien de las de la primera, revocando, ò supliendo en quanto à esto, el citado Auto de dicho Ordinario, por haver omitido esta condenacion.

PRIMERA PARTE.

1. SIENDO este Mayorazgo, que se litiga, regular, ordinario, de linea natural, ò de substancia, de segunda genitura, segun su Fundacion, (1) como en realidad lo es; no puede, si se ama la Verdad, negarse, ni menos dudarse; que lo primero, que se ha de considerar, y atender, es la linea, (2) à diferencia de aquellos, que son de qualidad, ò linea civil; en los que esta es lo primero, que se considera y atiende, y no el Grado, Sexo, y Edad: (3) y que se guarda en su Sucesion el mismo orden, que en la de los Feudos; (4) procediendo lo determinado para con la de estos, en la de los Mayorazgos: (5) y que, asi como, aunque se defiera la Sucesion de aquellos por la Provision del, que primeramente adquiriò el Feudo; despues de haver recaìdo en uno de sus hijos, suceden en èl siempre los que descienden de la linea de dicho hijo, excluidos los Agnados transversales, aunque sean mas proximos à la Estirpe, ò Tron-

(1) Mem. ajust. num. 4.

(2) DD. Covar. PP. QQ. quæst. 38. n. 6. DD. Molin. de Primog. lib. 3. cap. 6. num. 30. & 31. D. Miguel Reynoso observ. 23. n. 8. & 9. con lo que aumentò en las Addiciones. DD. Cast. Controv. lib. 5. cap. 9. à n. 3.

(3) Aguila ad Roxas de incomp. Part. 1. cap. 8. num. 23.

(4) Cap. 1. de Nat. Feud. & super eo omnes Feudistæ.

(5) Idem Roxas Part. 1. cap. 6. num. 191.

Tronco; (6) del mismo modo en la de los Mayorazgos, atendiendose principalmente la Linea de Posesion, mientras haya Sucesores en esta, no puede hacerse translineacion à otra, (7) siendo esta una de las quatro principales consideraciones, que el Señor Molina, advierte; deben hacerse, para la sucesion de los Mayorazgos; con que siendo la expresada Doña Maria Francisca (Casa 12) de la Linea de Posesion, como hermana de Doña Beatriz Caballero (Casa 11) Marquesa del Casal, ultima Poseedora, por haver sido hijas de Doña Maria Paula, (Casa 9) en cuya cabeza fundò este Mayorazgo Doña Elvira Teresa Barela (Casa 3) su Abuela Materna; (8) es sin question funda de Derecho con formal exclusion del D. Josef Saavedra (Casa 10) ser la inmediata legitima Sucesora de dicho Mayorazgo; la siguiente en grado, que ha Derecho de heredar, y en quien por lo mismo, por ministerio de la ya citada Ley del Reyno se transfiriò; y pasò su Posesion, civil, y natural.

2. Es tan poderoso, y eficaz este medio, como bastante por sì solo à fundar la justicia de la Doña Maria Francisca: (Casa 12) pues, estando expresamente mandado por la Ley, (9) que las Hembras de mejor Linea, y Grado no puedan entenderse excluidas de la Sucesion de los Mayorazgos, Vinculos, Patronatos, y Anniversarios, sino, que se han de admitir, y preferir à los Varones mas remotos, asi à los de Hembras, como à los de Varones; à menos, que no

(6)

Pedro Surdo Conc. 120. num. 4 ibi:

Et si sucesio Feudorum deferatur ex Provisione primi adquirentis: postquàm tamen pervenit ad unum ex filiis, succedunt semper hi, qui ex illiùs linea descendunt, exclusis agnatis transversalibus, etiam qui sint primo stypiti proximiores.

(7)

Idem Molina: lib. 3. cap. 4. n. 14. ibi: Primo, Namque considerand est linea, ut illi qui ex linea ultimi Possessoris procedunt cæteris præferantur; nec transitus fiat ad alias lineas, donec ex ea descendentes finiantur ex cap. 1. de nat. suc. Feud.

Ibi: ad solos, & ad omnes, qui ex ea linea sunt: ex qua iste fu t.

Et iterum: ibi: Sed omnibus ex hac linea deficientibus omnes aliæ lineæ equaliter vocantur.

DD. Christophor. Suelbes con. 95. n.13.

(8)

Mem. ajust. n. 5.

(9)

L. 13. tit. 7. lib. 5. N. R.

DD. Vela Disert. 49. num. 62. super ea.

DD. Cast. lib. 4. cont. cap. 56. n. 100.

no estén expresamente excluidas por los Fundadores; sin que basten presunciones, argumentos, ni congeturas por mas precisas, claras, y evidentes, que sean. ¿Como podrà, no estando excluidas las Hembras en la fundacion de este Mayorazgo, sino antes fundado en cabeza de una; y siendo la Doña Maria Francisca de mejor Linea, qual es la de Posesion; ser excluida, sin formal transgresion de la misma Ley del Reyno, que lo resiste?

3. Compruebase mas esto: Observandose, que, radicada la Posesion de este Mayorazgo en la Linea de Doña Maria Paula (Casa 9) en cuya cabeza se fundò, y continuada hasta la muerte de la referida Marquesa del Casal, (Casa 11) están excluidos todos, hasta que falten, y no haya Persona alguna de la Linea del ultimo Poseedor; (10) pues el translinear, y pasar à otra sin estár extinta la citada Linea, ni la Razon de Derecho, ni la naturaleza de los Mayorazgos lo permite: (11) pues la mayor proximidad con el ultimo Poseedor, es la mas recomendable, y que mas debe atenderse: (12) y que lo mismo, que acerca de esta proximidad con el ultimo Poseedor se dice de su Hija, procede para con su Hermana; concurriendo tambien, para mas comprobacion de esto mismo, la recomendable Autoridad de la cosa juzgada en los Tribunales Supremos de la Nacion, con tanta reiteracion, como refieren el Sr. Molina, y el Roxas, (13) este, tratando aquella tan ardua, como controvertible Question; sobre si, acabados los Varones de Varones en los Mayoraz-

(10) DD. Molin. lib. 3. cap. 4. num. 14. Vincent. Fussar, quæst. 484. n. 44. vers. eo igitur.

(11) Idem. Molin. dict. lib. 3. cap. 6. à n. 29. & cap. 9. per totum.

(12) Add. ad Molin. lib. 3. cap. 5. num. 72.

(13) Rox. de incomp. part. 3. cap. 4. n. 52. cum aliis.

yorazgos de rigorosa agnacion, y los de Hembras en los de simple masculinidad, viniendo à suceder las Hembras; haya de preferirse la Hembra de la Linea anterior del Varon primeramente llamado: ò la del posterior del ultimo Poseedor; y refiriendo las tres opuestas opiniones, en que estàn divididos los AA. en que siempre se ha determinado à favor de la Hija, ò Hermana del ultimo Poseedor, por ser tan graves los fundamentos, que hai por ella, que movieron à los Addicionadores del Señor Molina à afirmar, (14) que siempre se debia responder, y juzgar por estas.

4. Procediendo esto, que asì và fundado no solo en las vinculaciones de tercio, en las que procede sin question, (15) sino en qualesquier otra vinculacion, que sea de regular succesion, y no estè dispuesta otra cosa por los Fundadores; pues estàn excluidos los transversales, aunque mas proximos por qualesquier descendiente, que haya en la Linea de Posesion contentiva, ò efectiva. (16)

5. No es menos eficaz y poderoso el otro medio en que se afianza el mejor Derecho de la expresada Doña Maria Francisca, de fundarse en la enixa voluntad de la Fundadora, y especial llamamiento, que hizo de ella: Fundando este Mayorazgo, como và dicho, en cabeza de Doña Maria Paula su nieta, Madre de la Doña Maria Francisca, no solo llamò à su sucesion, y goze à la referida Doña Maria Paula, sino es tambien à sus hijos, y descendientes. (17) Esta

(14) Add. ad Molin. in lib. 1. cap. 6. & lib. 3. cap. 5. n. 72. vers. nos verò.

(15) DD. Cast. cont. lib. 5. cap. 99. num. 3. vers. verè tamen: num. 8. vers. remanet itaque, & infine, num. 12.

(16) Idem Molin. in dict. lib. 3. cap. 4.

(17) Idem Mem. ajust. num. 7.

(18)

Argum. Leg. Nominatim. ff. de condition. & demonst. ibi: Nam Demostratio vice Nominis fungitur.

La Ley 3. tit. 7. Part. 6. ibi: Tanto vale como si lo hubiese nombrado señaladamente.

Post plures Antiquos Peregrino, de Fidei com. artic. 21. n. 34. Robles de Represent. lib. 2. cap. 30. n. 16. Pegas resolut. Forens. cap. 4. num. 123.

(19)

Ex leg. cum ita ff. de legatis 2. ibi: Hi ad petitionem eius admitti possunt qui nominati sunt. LL. 40. & 45. Taur.

DD. Cast. controv. lib. 5. cap. 93. n. 16. & 17.

(20)

L. 7. tit. 7. lib. 5. N. R.

(21)

Cast. cont. lib. 6. c. 176. n. 18. vers. è contrario autem ibi: Si ergo sequens in gradu, aut proximior esset exclusus, & qui cessante exclutione, succederet, videtur, quod remoto eo, filius eius, qui est proximioris Gradus, iuxta superiora, admitendus sit; non ex vi representationis, neque enim Ascendens representari potest, qui exclusus fuit, ut sæpissimè dixi, sed proprio iure propria que vocatione quasi sub sequentis in gradu comprehensus.

vocacion, ò llamamiento, aunque parece general, obra los mismos efectos, que si à cada uno de los Descendientes, lo hubiera llamado por su propio nombre: (18) y arguye la Predileccion, y Prelacion, que quiso la Fundadora tubiera la Linea de la Doña Maria Paula su nieta; (Casa 9) pues llamò à sus hijos, y descendientes expresa, y literalmente, por lo que no se necesita de la observacion legal; pues hai especial vocacion, ò clara voluntad. (19)

6. Se comprueba esta especial vocacion, pues en el caso de estar llamado à la Sucesion el Hijo Primogenito, y sus hijos; y en segundo lugar otro hijo del Fundador, y su Linea, si se pone la privacion por alguna contravencion del Primogenito, como la Incompatibilidad de otros Mayorazgos, (20) excluso el Primogenito; entran los hijos de este, como especialmente llamados, y no el Segundo genito, por razon de la especial vocacion; y esto fuè lo que considerò el Señor Castillo (21) para afirmar, que para que el Hijo segundo genito excluya à los Hijos, y Descendientes del Primogenito, ha de estar este excluso: el segundo genito expresamente llamado, y que no se haya hecho mencion de los Hijos del Primogenito, que son los tres requisitos, que precisamente requiere para que se haya de admitir el Hijo segundo genito: siendo la razon en que todo esto se funda, el que como lleva el Señor Molina;

na; (22) en los Mayorazgos son tantos los llamamientos, como las Personas llamadas.

7. Estos fundamentos hacen tan clara la Justicia de Doña Maria Francisca, que no permiten la menor duda; y quando alguna hubiera, que ninguna hai; la misma duda le serviría de defensa, pues aun entonces se ha de juzgar à su favor, como que se funda en las mismas palabras de la Fundacion, y voluntad de la Fundadora; en quanto llamò à sus Hijos, y Descendientes; (23) que siendolo la expresada, es preciso conocer le toca la Succesion de este Mayorazgo, (24) pues tiene à su favor lo regular, la Letra, è intencion expresa de la Fundadora; (25) y que es tan claro y cierto el Derecho, en que se funda, que nada podrà ponderarse, ni alegarse contra èl por el citado Don Josef de Saavedra; que no se elida y satisfaga con ellos, y con las terminantes palabras de la misma Fundacion de este Mayorazgo: como en igual caso ponderaba el Señor Castillo. (26)

8. Pero como quiera, que sin embargo de esto, ò confiado Don Josef de Saavedra en la obscuridad, con que nuestros Escritores han procedido en la materia de Mayorazgos, abrrogandose, y atribuyendo à sus reflexiones una autoridad

(22) Idem. Molin. lib. 1. cap. 1. n. 17. ibi: Ex qua Primogenii institutione modali, vel conditionali, sivè ex institutione, Legato, vel Prælegato unicuique Primogeniorum per tempus vitæ suæ factis, seu ex substitutione fidei commissaria, quàm vis impropric resultant tot Donationes, vel Substitutiones, Legata, aut Prælegata in quem libet Primogeni non ex vocatis, ad eiusdem Primogenii successionem, quot sunt Personæ vocatæ; ac si unicuique eorum nominatim, atque specificè facta fuisset, unaquæque Donatio, substitutio, Legatum, seu Prælegatum; ideo que absque aliqua restitutione quilibet vocatus consequitur Dominum eodem instanti, ac momento; quo purificatur conditio, vel venit dies vocationis ex propria Persona, sublato de medio præcedenti Succesore, non autem ex jure ab eodem sibi transmiso: DD. Larr. Decis. 34. num. 34.

(23) Idem, Mem. ajust. num. 7. iam cit.

(24) Ex leg. 1. ff. §. Si quis navem de exercitor. Ibi: in re dubia melius est verbis edicti inservire. Magonio Decis. Florent. 52. num. 15. ibi: Si errandum in interpretanda voluntate defuncti, tutior erit error Judicis, si inhæreat scripto.

(25) Ex Leg. Miles. §. quidem ff. ad Legem Juliam. de adult. ibi: opini nem quidem nostram, & verba legis & intentio adiuvant.

(26) DD. Castillo cont. lib. 3. cap. 15. num. 57.

ridad decisiva, por ser pocas, y mui generales las reglas en ella establecidas por Derecho; ò porque el interes, y adquisicion de semejantes Derechos à un Mayorazgo, que son mas considerables, y permanentes, que los que producen las acciones hereditarias, y particulares, suele inspirar en los que imaginan tener alguno, aunque remoto à su sucesion, medios, sino solidos, ingeniosos, con que tergiversan el sentido obvio de unas clausulas claras, y eludir la voluntad de los Fundadores; le haya inspirado los, de que por ser Doña Maria Francisca Religiosa Profesa en el Monasterio de Señor San Clemente el Real de esta Ciudad, y haver antes de su Profesion renunciado (27) sus Legitimas Paterna y Materna, y demás herencias, y transversales Succesiones en favor del Marques del Casal, (Casa 9) su Padre, para que pudiese disponer à su arbitrio, y voluntad de ellos en favor de los demás sus hijos, y herederos, ù otras Personas, que por bien tubiese; no puede suceder en este Mayorazgo; cree asistirle un Derecho incontrovertible para seguir esta Instancia con la mas fuerte eficacia, lisongeandose, que quizà podrà obtener en ella determinacion favorable. Pero, para que se desengañe de que son ineficaces, y que no pueden producir apoyo alguno à su intencion, siguiendo el sentir de dicho Señor Castillo en el mismo lugar ultimamente citado, y aunque bastaba para satisfacion lo hasta aqui fundado, en gracia de la verdad, se harà demostrable no obstar à la

(27) Mem. ajust. num. 12.

Doña

Doña Maria Francisca, ni el ser Religiosa, ni haver hecho dicha renuncia para la sucesion de este Mayorazgo. (28)

9. Por lo que mira à lo primero, de ser Religiosa Profesa; esto no puede privarla de los Derechos de Sangre, que son propios de su Casa y familia, y le competen por haverse derivado en ella; pues aunque sea verdad, que en orden à esto, como en todo, por la misera condicion humana, que hace, que lo que unos apoyan, desprecien otros:

Nulla hominum constans de rebus fertur opinio,
Hic despicit rissu, quod magis ille probat.

Estén divididos los AA. en diversas distintas opiniones; contemplando unos tan muertos à los Religiosos, y Monjas, como si naturalmente lo estubieran, incapaces de todo Derecho, accion, y adquisicion, como incomposible esto con los Votos de Pobreza y Obediencia hechos en su Profesion; opinion, que à entenderse con la omnimoda absoluta incapacidad, que presupone, y sin la debida restriccion, y limitacion; corre el riesgo de coincidir con la Heregia de Juan Wicleff condenada en el Concilio Constanciense año de 1418. (29) Pero afirmando otros mas bien, que los Religiosos, y Monjes de Religion capáz de adquirir en comun, conservan, y pueden exercitar todos los Derechos de Sangre, que tengan à la Sucesion de Feudos, Fideicommisos Familiares, Patronatos, Mayorazgos, aunque tengan annexa Dignidad, y Jurisdiccion, por serlo

(28) Idem ubi suprà: ibi: Immò ex eisdem posse satisfieri his, quæ in favorem dictæ Dominæ Catherinæ expenduntur; nihil ominus tamen, necesse erit, ut magis veritas elucescat, præcipuâ fundamenta proponere, quibus eadem Catherina innitur, atque illis suo ordine respondere & satisfacere.

(29) Concil. Constanciens. Sess. 5.

de conservar el Nombre, Lustre, y Memoria de la Familia, ultimo fin, por lo comun de semejantes Fundaciones, y Vinculaciones: (30) Es claro, que no le puede impedir, ni obstar à la Doña Maria Francisca para la Succesion de este Mayorazgo, el ser Religiosa Professa en el expresado Real Monasterio de Señor San Clemente: Pues es sin duda, que, por ser la ultima de la Linea de Posesion, Hermana de la ultima Poseedora, y estar llamada, especialmente, succederia sin question; del mismo modo se ha de afirmar debe succeder siendolo; por no poderle privar esta qualidad, ni desnudarla de los Derechos de sangre de que està vestida para ello: sin oponerse à todos los Principios de Derecho, que asi lo persuaden, y prueban. (31)

10. No tiene, pues, duda, que esta opinion, y comun sentir de los AA. no solo es la mas comun, recibida, y probable, sino la que mas generalmente està adoptada, y seguida de los Tribunales de nuestra España, y aun de otros Reynos Exteros; como lo asegura el citado Señor Roxas de Almanza, que nada dexò que apetecer en la materia, refiriendo las Decisiones del Real Consejo, Audiencias de Valencia, Cataluña; Senado Patavino en la Dominacion de Venecia, que se han conformado con ella, asi en el lugar citado, como en otros: (32) y este Tribunal lo tiene asi calificado en varios casos, y especialmente para con la dicha Doña Maria Francisca (Casa 12) en el Mayorazgo fun-

(30) DD. Molin. de Primog. lib. 1. cap. 13. n. 97. eius Add.
DD. Valenz. Belazq. conc. 23. n. 28. & 29.
Cevall. comm. cont. comm. quæst. 492.
D. Herm. de Rox. de in com. Part. 7. cap. 5. à num. 6.
Aguila ad eum.
DD. Cast. controv. lib. 3. cap. 12. n. 16. & per totum.
DD. Cobbarr.
Melius omnibus ac cum maiori extensione DD. Josephus Roxas de Almanza in Disp. 2. Quæst. 5. n. 23. ibi: Si quidem omnes consentiunt Monachum, seu Monialem succedere posse in Majoratibus ubi non excludantur.
Carol. de Grassis de Efect. eccles. efect. num. 75.
Capon. tom. 3. discep. 201. num. 9.

(31) CC. uni. caus. 18. quæst. 1. c. non licet caus. 19. quæst. 3.
Cap. Si Religiosarum de Elect. in 6.
Lex jura sanguinis de Regul. iuris:
Lex agnationis ff. de Pactis.
Authent. de Monach. §. illius quoque LL. 6. Styli: 6. tit. 26. part. 4.
Trident. Sess. 25. de Regular.
DD. Rox. Alm. Ubi proximè n. 33. cum multis alliis.

(32) Idem. Rox. Alm. Disp. 1 quæst. 1. §. 5. n. 140.

fundado por Doña Sebastiana Bohorquez, su tercera Abuela, (Casa 1) (33) declarandole Subcesora legitima de èl; comprobandose mas esto mismo con lo resuelto por S. M. en el articulo 7. de la Real Cedula expedida para declarar los Derechos de los Ex-Jesuitas Coadjutores y Sacerdotes, en 22 de Enero del pasado de 784. pues lo que se predica del Clerigo, se predica del Religioso; y por el contrario. (34)

(33) Mem. ajust. n. 24.

(34) Idem Molin. in lib. 1. cap. 13. iam citat.

11. Es en tanto grado cierto lo asi fundado, que aunque en terminos individuales de Fundacion de Mayorazgos exsiten los Autores la duda, de si podrán ser excluidos de su Sucesion los Clerigos de Orden Sacro, los Monges, Religiosas, y demas de esta clase, resuelven, y llevan los mas; que en los fundados del Tercio y Quinto no pueden ser excluidos, (35) siendo la razon de este comun sentir, que no puede irse de manera alguna contra la forma prescripta por la Ley de Toro (36) à favor de los Descendientes; y aunque en los fundados en virtud de Real Facultad afirmen, que pueden excluirse los referidos, no obstante, llevan muchos, ser necesario, que en la Real Facultad, ò se derogue à dicha Tauriña Constitucion; ò se dè expresa al que la impetra, para sin embargo de ella, hacer dichas exclusiones; sea en fin lo que se quiera de esto: lo cierto es, que todo ello acredita el fundado Derecho de Preferencia, que tienen en qualquier concepto los Descendientes de la Linea, à los Colaterales, y Transversales.

(35) Idem Molin. lib. 2. cap. 12. num. 54. con los muchos que citan sus Addint.

(36) L. 27. Taur. & super ea omn. tauristæ.

Es

12. Es sin duda mayor comprobacion, el observar, que tiene, sin que se pueda negar, la Doña Maria Francisca especial llamamiento, y vocacion, como vá fundado en el Paragrafo quinto, pues, pudiendo haverla excluido la Fundadora; excluyendo de la Sucesion de este Mayorazgo Clerigos, Monges, y Religiosas, no lo hizo: Argumento claro de que no fue su intencion, ni voluntad, que los que lo fuesen, no sucedieran en esta vinculacion; (37) ni como podrà persuadirse hubiera sido otra su voluntad, è intencion, quando no podia ignorar, que son tan capaces los Clerigos, Monges y Religiosas, como los Seglares de suceder en los Mayorazgos, aunque tengan la precisa condicion de Apellido, y Armas, y de cumplir en la mayor parte todos los fines de semejantes Fundaciones; por lo que siendo tan fuerte, como preferente la presuncion, que se toma, y resulta de la natural predileccion, è inclinacion de la Sangre à los Parientes, y Descendientes, que vence, como natural, otra qualquiera; se vè con evidencia, que nunca puede congeturarse hubiese querido, ni quisiera la expresada Doña Elvira Teresa Barela, (Casa 3) Fundadora de este Vinculo, que su segunda nieta, Doña Maria Francisca (Casa 12) por ser Religiosa, fuese privada de su Sucesion, si sobre ello se consultase; y que nada le obsta el serlo, para que se determine à su favor.

(37) Idem Rox. Almanz. in loco & disp. 2. quæst. 5. citat. n. 13, & 14. Cap. cum apud 23. de Sponsalib. ibi: Ut qui cumque non prohibetur, per consequentiam admitatur.

13. Por lo que hace à lo segundo: aunque se quiera contemplar à la Doña

Maria

Maria Francisca excluida de la Sucesion de este Mayorazgo por la Renuncia, que hizo antes de su Profesion, mediante causarse por ella verdadera vacante, (38) y que por ser el Vinculo un Derecho de futuro con causa de preterito, se havia de entender comprehendido (39) en la expresada Renuncia: nada puede adelantar el referido Don Josef con este medio; pues estandose à las voces de ella, es preciso conocer, que no està comprehendido este Mayorazgo, ni el Derecho à su sucesion en ella: y porque es grande la variedad de casos, que los Autores proponen tratando este Punto, se procederà dividiendolos para su mayor inteligencia.

(38) DD. Olea de ces. iur. tit. 3. quæst. 4. à num. 4.

(39) Idem Olea dict. tit. 3. quæst. 10. per totam.

14. A este proposito debemos suponer, que la Renuncia de dicha Doña Maria Francisca, (40) fue de todos los bienes, muebles, rayces, y semovientes, dinero de contado, derechos, acciones, y otras cosas de qualquiera especie, y calidad que fueran, que à la referida Religiosa le hubieran tocado, y pertenecido hasta aquel dia, y le tocaran, y pertenecieran en adelante: asi de Legitima, y Herencia de Doña Maria Paula Caballero de Cabrera su Madre, defunta, (Casa 9) y de lo que le pudiera tocar por Legitima Paterna, como de otras transversales Herencias, y Succesiones, Mandas, Legados, Dadivas, Donaciones, Derechos, ò Patronatos, ù otras distintas cosas, que por qualesquiera razon le tocàran, y pertenecieran, y tubiera Derecho hasta entonces, y en adelante, para que todo lo gozara,

(40) Mem. ajust. num. 12.

y poseyera dicho su Padre en Posesion, y Propiedad desde el dia de la Profesion de la dicha Religiosa, asi Herencias por Testamento, ò Contrato aparte, y pudiera disponer en favor de los demas sus Hijos, y Herederos, u otras Personas, à quienes los Bienes de la susodicha les quiera à su arbitrio, y voluntad dexar: Este es el literal tenor de dicha Renuncia, que nos ha parecido conveniente sentar, para aplicar mejor, en sentir del Consulto, (41) y de Seneca (42) el Derecho en que se funda no deber impedir dicha Renuncia à dicha Religiosa la Succesion deste Vinculo.

(41) In leg. 15. c. de transact. Ibi: ut Responsum congruens accipere possis; insere pacti exemplum; ita enim intelleximus.

(42) Senec. lib. 2. controv. 11. Ibi: Quo melius de re iudicare possitis narrabo.

15. Bien reflexionadas las expresiones de dicha Renuncia, se hallarà, que de ninguna de ellas se puede inferir, que el animo, y voluntad de la dicha Religiosa fuese haver comprehendido en ella los Derechos à este Mayorazgo, y otros de su Casa, con que siendo de Derecho, que las Renuncias, por mas generales, que sean, se restrinjan à la verosimil mente, è intencion de los Renunciantes, (43) y no siendolo, sino antes un absurdo repugnante renunciar en su Padre los Mayorazgos, que este mismo estaba poseyendo, y cuya sucesion dixo en aquel mismo acto dicha Religiosa tocaba por su muerte à su hermano Don Diego Pedro Caballero, y por la de este sin succesion à su hermana Doña Beatriz (Casa 11) en cuyo caso no puede obrar efecto alguno legal la mas general expresion (44) de ahi es, que por lo que ellas literalmente explican,

(43) DD. Valenz. Velazquez. Conc. 179. num. 48.

(44) Citat. Castillo cont. lib. 4. cap. 41. Surd. conc. 267. à num. 14.

can, y por lo que es permitido congeturar, ò inferir, que ha de ser estrechamente, y en quanto menos dañe, y perjudique al renunciante, (45) especialmente en Renuncia de Monjas (46) es preciso conocer, que ni quiso renunciar, ni renunciò dicha Religiosa los Derechos de Succesion à este Mayorazgo, y otros, ni se deben entender renunciados estos.

(45) Idem Cast. lib. citat. cap. 42. num. 19.

(46) Begnudelli. Bibliotheca Juris. n. 19.

16. Para comprehender esto mas claramente, es preciso proceder con la comun distincion de renuncias; reducida à tres especies, conviene à saber: real *simpliciter*; real *secundum quid*, ò mixta; y personal *simpliciter*; de que tratan los AA. que cita el Julio Caponi en sus Disertaciones, (47) siendo la Personal en la que se renuncian las legitimas, en favor de cierta determinada Persona, como Padre, Madre, ò Parientes. La Real, quando se renuncian qualesquier bienes, y herencia en contemplacion de cierta Persona, y perpetuamente en favor de Herederos, ò qualesquiera Succesores, y la Personal, ò Real. Mixta, se considera Personal respecto de la cosa; ò Real, respecto de la Persona: Y aunque quando se dice Real la renuncia, segun quisieron algunos, se comprehenden en ella los Feudos, y Mayorazgos, en la mas probable opinion de otros muchos, nunca se entiende Real, sino Personal, para que no se comprehendan los Vinculos à diferencia de quando solo se renuncian Bienes Alodiales, como abundantemente explica el citado Julio Caponi. (48)

(47) Jul. Capon. Discep. 216. à n. 3. tom. 3.

(48) Idem cap. discept. 218. n. 12. & 22.

Di-

17. Diferencia que no tocó el Señor Olea en la citada question 10. procediendo remisivamente desde el numero 22. sobre si en la Renuncia se comprehenda, y tenga por incluso el Mayorazgo, ó Vinculo; siendo cierto no comprehenderse aun en la opinion mas estrecha (49) en las Renuncias de Legitimas, ni bienes feudales, ni Mayorazgados, por no ser Bienes Paternos, y succederse en ellos por propio, y separado Derecho: Pasando ya esto por regla general, en la materia, y por tal la lleva D. Hermenegildo de Roxas, (50) y como testigo depone haverlo visto juzgar asi en la Real Chancilleria de Granada en Vinculo de Tercio y Quinto litigado entre Doña Ana Mesia de Acebedo, Religiosa Profesa en el Convento de Sta. Catalina con D. Antonio Gomez de Montalvo, Caballero del Orden de Santiago, transversal de esta; y teniendo el Vinculo gravamen de Apellido, y Armas, habiendo renunciado la Religiosa de todas sus Sucesiones con renuncia general, y amplia: cuyo exemplar es bastantemente ajustado à este caso; y ademas de las autoridades con que comprueba esta opinion, (51) en que es especial la del Rodriguez en sus questiones Regulares, estan por ella el Señor Covarrubias, y otros.

18. Es mui conveniente, otra distincion, que hace Ascanio Tamburino (52) entre renuncia general, y universal, llevando, que en la general no se incluyen, ni comprehenden los Feudos, y Mayorazgos, sino solo en la Universal;

(49)
§. Molin. de just. & jur. disput. 579. num. 21. tom. 3.
DD. Vela Dissert. 8.
DD. Cobb. in cap. Quamvis Pactum part. 3. §. 3. num. 9.
P. Sanchez lib. 4. con. moral. cap. 1. Dubio 34. num. 29. & 30.

(50)
Idem Roxas de Incomp. part. 2. cap. 5. num. 66.
Ibi: in generali renuntiatione Monachi, vel Monialis non venire successionem Majoratus, Vinculi, seu Patronatus, nisi expresse renuntians faciat mentionem in renuntiatione de Majoratu instituto & ejus vocationibus, vel de alio quo cumque Majoratu instituto. & num. 101.

(51)
Rodriguez quæst. Regul. tom. 2. quæst. 78. art. 14.
DD. Cobb. in cit. cap. quamvis Pactum. 3. Part. §. 3. n. 6.
Sabelli §. renuntiatio: n. 10. Vers. in contrarium & n. 22.
Especialmente Menoch. in conc. 401. per totum.

(52)
Asc. Tamb. de iure. Abbatissarum & Monialium. Disp. 8. quæsit. 11.

sal; para evitar la equivocacion con que suelen proceder los Autores, fundados en que el fin principal de las Religiosas en las renuncias, es el mayor servicio de Dios, y desapropio de bienes; pero se debe advertir, que esta proposicion Universal solo tiene lugar, en la renuncia, que lo es; pero no en la general, respecto de cierto determinado genero de bienes, y en contemplacion de determinadas Personas; en cuyo caso, como que la renuncia es de estrecha naturaleza, por mas general, que se quiera entender, nunca sale de estos terminos: Por manera, que para que los Feudos, y Mayorazgos, y el Derecho à ellos se incluyan en la general renunciacion, es indispensablemente preciso, que en ella se haga expresa mencion de ellos, lo qual se prueba no solo con la autoridad del Roxas citado al num. 50, sino con la del Cancerio en sus varias, (53) en el caso, y question, que propone, de dos, que litigaban la renuncia de uno, con el motibo de que el segundo Testamento havia revocado el primero, donde el otro havia sido instituido heredero; y habiendose reducido à concordia, y partido la Herencia por mitad, sin tenerse, que pedir el uno à el otro; no se hizo mencion de un Fideicommisso, y dudandose despues, si de este se pensò en la transaccion, y quedò comprehendido en ella, funda no haver quedado, aunque las Partes no lo ignoraban, y entre los fundamentos, en que lo apoya, es esta misma razon; fundadisima (54) à la verdad, porque las cosas,

(53) Canc. Varia cap. 15. num. 262. & 277.

(54) L. Item apud Labronem ff. 15. §. ait Prætor. de injuriis. Ibi: ea enim, quæ notabiliter fiunt nisi speciàliter notentur, videntur quasi neglecta.

Cap. inter corporalia de Translation. Episcop.

DD. Valenzuel. conc. 97. num. 143. cùm Vulg.

que se hacen notablemente, si especialmente no se notan, y expresan, se contemplan omitidas.

19. Aunque todas estas Distinciones, y tambien la de translativas, y extintivas, que los AA. hacen entre las Renuncias, sean, segun el Gran Cardenal de Luca (55) puramente ideales; nacidas por lo comun de lo mas, ò menos extensivo de las clausulas, y expresiones, con que se conciben y forman estos Instrumentos; puestas las mas veces por estilo de los Notarios, y no por deliberada voluntad de los renunciantes, por lo que no deben considerarse estas, sino la verosimil mente, è intencion de aquellos; y que ya en estos tiempos, à diferencia de los primitivos, no se hacen semejantes renuncias puramente por el fin de hacer servicio à la Magestad, y con total espiritu de abdicacion de lo terreno; de lo que es una evidente comprobacion la Declaracion hecha por Doña Maria Francisca en los Autos; (56) en que declara, que por respeto à el Marqués su Padre no viò la renuncia; pero que su intencion havia sido, viviendo sus hermanos, dexarles todo lo que le tocase para su mayor lustre: Que à estas Declaraciones se haya de estar, y dar toda deferencia en casos dudosos, fue opinion de el mismo Cardenal. (57)

20. Pero, aunque no nos sea licito separarnos, ni desviarnos del sentir de tan gran Maestro; si, entenderlo con la misma limitacion, que encierra su doctrina; pues no puede negarse, que como quiera, que las palabras, y expresiones

(55) Card. de Luc. de Renun. Discurs. 1. n. 10. Et de Regul. Dis. 56. n. It. de Ren. Dis. 2. n. 10. Et signanter Disc. 4. num. 16. Et Disc. 6. n. 11.

(56) Pedim. fol. 14. del testim. de autos sobre el Mayorazgo de Doña Sebastiana Bohorquez (Casa 1) con el Marqués de Villa Malta: Et fol. 89. de los dichos autos originales. Ram. 2.

(57) Idem Luc. in dict. Discurs. 2. num. 10. iam citat.

siones sirvan para explicar los conceptos, y à estas se haya de recurrir precisamente, pues contra su propia significacion no se puede admitir interpretacion alguna; (58) no parecia, que se puedan contemplar tan puramente Ideales las Distiociones hechas por los AA. entre las renuncias, tomadas de las palabras, ò clausulas con que están estas hechas; pues proceden siempre, que estén puestas con deliberada voluntad de los contrayentes: Pero finalmente esta Disputa es ociosa en nuestro caso, pues se vè, que ni el animo de la Doña Maria Francisca fue renunciar los Derechos à los Mayorazgos de su Casa, ni addicarlos de sì, sino à favor de sus Hermanos, durante su vida, ni la renuncia, que antes de su Profesion hizo, persuade otra cosa en qualquier concepto.

21. Esta verdad es tan clara, que no necesitaba, ni de mas comprobacion, ni de mas exôrnacion: pero parece inevitable una poderosa reflexîon, que consiste, en que, aun quando los Derechos à este Mayorazgo se pudieran contemplar comprehendidos en la renuncia hecha por dicha Religiosa, y à esta sin regreso à ellos: aun todavia por las circunstancias presentes, y naturaleza del mismo Mayorazgo, lo tiene fundadisimo à succeder en èl: siendo prueba de ello fuerte, que dicha renuncia fue hecha à favor del Padre; y lo fue tambien à beneficio de los Descendientes; y no habiendo hoi quedado, de estos, sino la expresada Religiosa, se evacuò ya el fin, de calidad, que no puede permitirse

pase

(58) LL. ille 25. ff. de Leg. L. 3. fin. tit. 12. Part. 7. DD. Salg. Part. 4. de Protect. cap. 3. à num. 27. & 50. DD. Cast. cont. lib. 4. cap. 6. Rox. de incomp. Part. 8. cap. 2. à n. 21. Garcia de Nob. glos. 1. §. 1.

pase el Vinculo à otra Linea transversal quedando excluida esta.

22. Para comprobacion de este Discurso, y conclusion es oportunisima la autoridad de Donato Antonio Marinis: (59) resuelve este Autor en terminos de renuncia hecha à los Padres, Herederos, y Succesores con expresion de ser Real, y hecha en contemplacion de la familia, ò agnacion; y que siempre hubiera de tener efecto como Real: que la Hija renunciante, sin embargo de todo esto, excluyò à su Tio, hermano de su Padre, porque este no dexò mas hijos, que à la renunciante; trayendo en comprobacion diez Determinaciones iguales en diferentes Pleytos; siendo bien particular la ultima de que trata desde el numero 77: y hablando de renuncia de Bienes libres, lleva, que en tanto se considerarà la renuncia real, en quanto existan Personas en cuya contemplacion, y favor se hizo; pero que acabadas estas, y extinguidas, se considera Personal, y no puede impedir, que el Monasterio, de que trata, succeda por cabeza, y representacion de la Persona que hizo la renuncia: y aun en mas estrechos terminos và conforme con esta opinion el Roxas, que es entre Descendientes; con que ¿con quanta mayor razon procederà, respecto de los Colaterales?

23. Por manera, que queda hecho evidente, que la Doña Maria Francisca tiene un Derecho incontrastable à la succesion de este Mayorazgo, como ultima Descendiente de la Linea de Posesion, sin

(59)
Donat. Ant. Marin. Resolution iur. lib. 2. cap. 189.
Et cap. 190. ibi:
Et in omnem eventum, quatenus dicta renuntiatio dici posset absolute realis, talis diceretur, ubi super esent Personæ in ea contemplatæ: Secùs autem illis, prout hic, non extantibus, quia tunc non dicitur amplius realis, sed personalis, quæ non impedit, quo minus Monasterium ex Persona renuntiantis succedere possit.
Mieres de Majoratu. 3. Part. quæst. 18. num. 22.
Add. ad Molin. lib. 3. cap. 2. n. 21. ad 27.
Rox. de in comp. 1. Part. cap. 8. n. 28. ibi:
Quod si Primogenitus renuntiavit Primogenituram in favorem secundi geniti, si secundo genitus decedat absque liberis, poterit Primogenitus reassumere ius Primogenituræ absque eo, quod debeat Succedere tertio genitus.

sin que le pueda servir de impedimento, ni el ser Religiosa, ni la renuncia, por la naturaleza del Mayorazgo; y por no estar incluido en ella; y que aun quando se pudiera contemplar tal, las actuales circunstancias hacen, que no pueda impedir el fundado Derecho, que le asiste; lo que en parte se halla executoriado con la Superior Decision de VS. dada à favor de la citada Doña Maria Francisca en el Pleyto con el Marqués de Villa Marta sobre la succesion del Mayorazgo fundado por Doña Sebastiana Bohorquez, su tercera Abuela, (Casa 1) sin embargo de la fuerte porfiada oposicion hecha por dicho Marqués à la sombra de ser Religiosa, y haver renunciado; (60) pues es tan recomendable su autoridad por ser de Tribunal Supremo, que induce la mayor presuncion de clara Justicia; no solo en lo que determina principalmente, sino en el presupuesto de la misma Determinacion; (61) y en lo que de ella necesariamente se infiere, y deduce; con lo que queda sobradamente persuadido, y satisfechos los dos expresados medios de que se prevale el citado Don Josef de Saavedra, concluyendo en quanto à esta Parte, con las adequadas palabras del Grande Ulpiano; (62) pues ni las reglas generales de las Succesiones de los Mayorazgos de nuestra España, ni la fundacion de éste excluyen tacita, ni expresamente à la dicha Religiosa; pues llamò à su nieta Doña Maria Paula (Casa 9) sus Hijos y Descendientes; ni lo inmutable de la razon natural; ni la

G Sen-

(60) Mem. ajust. num. 24.

(61) DD. Valenz. Velazq. conc. 134. à n. 44.

(62) L. Divi Fratres 17. ff. de iur. Patronat. ibi: Magis visum est Nepotem neque verbis, neque sententia legis, aut Edicti Prætoris ex Persona vel nota Patris excludi à bonis Avi Liberti:

Idem Cast. lib. 3. cont. cit. cap. 15. num. 52.

Sentencia de la Ley; ni menos la Autoridad de los Doctores, y Practica de los Tribunales: junto con ser de la Linea de Posesion, por todo lo que no puede ser excluida.

SEGUNDA PARTE.

24. DEsconfiando Don Josef de Saavedra de exîto favorable en este Pleyto, arguye de nulo el Proceso, y Auto difinitivo del Ordinario de Utrera, solicitando se reciba à Prueba, pero con la desgracia de que estos imaginados medios solo sirven de convencer su ninguna Justicia, y Derecho, y que interesado en la administracion, que le està encargada, aspira à hacerlo interminable, ò de una larga duracion.

25. Para prueba de esto, es de suponer, que aunque el orden en los Juicios, sean Possesorios, (63) ò Petitorios, es tan necesario, que su omision, ò inversion hacen precisamente nula la Sentencia: (64) y que aun mas se ofende la Justicia por la inversion de este, que aun por la de la misma Causa, pues por la del orden es nula la Sentencia; y no à si por la de la Causa: (65) à cuya observancia estàn obligados del mismo modo el Juez Ordinario, que el Delegado, aunque lo sea de el Papa; (66) pues aun este lo està en las Causas, que juzgue por si; (67) siendo la nulidad, que

(63) Abbas. in cap. consultationibus de officio Delegati: Et in cap. bonæ Memoriæ de Apellationibus.

(64) L. prolatam. Cod. de sentent. Cap. ad Petitionem. §. fin extra de Acusatio.

(65) Abb. Parn. in cap. cum olim de sent. & re iudic.

(66) CC. exhibit. de iuditiis ex Parte de Officio Delegat. Causam quæ de Rescrip.

(67) CC. cùm in causis de re iudic. Cùm Dilecti. Ibi: Volentes tamen iuris ordinem observare.

que resulta de su inobservancia tan relevante, que la Sentencia nula por ella, no puede enmendarla el Juez de la apelacion; sino que precisamente la ha de pronunciar tal: (68) Procediendo esto en tanto grado, que quando esta nulidad, ò mas bien evidente iniquidad por exequarlas los DD. en esta materia, resulta de la misma inspeccion de los Autos se dice notoria y manifiesta; (69) y no se contempla comprehendida en ningun Estatuto, ò Ley, que excluya toda nulidad: (70) motivo con que nuestros Escritores Regnicolas disputan, si estè excluida por nuestra Patria Legislacion; (71) explicando las tres especies, en que la dividen.

26. Debe tambien suponerse, que hai un orden, que se dice de substancia del Juicio, y la omision de qualesquier parte, que este comprehende, es la que produce, y de donde nace tan manifiesta nulidad: Hai otro, que se dice de Justicia, ò Solemnidad, y aunque estén varios los AA. sobre las cosas, que son propias de cada uno de estos ordenes; convienen en que todas aquellas, que solo son medio de la causa, como accidentales, que se omitan, ò preposteren, no inducen vicio de nulidad en lo actuado. (72)

27. En fuerza de estos Elementales Principios, para proceder con claridad, debemos exâminar, en que clase se han de colocar los dos unicos medios, ò defectos, en que el citado Don Josef de Saavedra, quiere apoyar la pretensa nulidad, que ha imaginado; están, pues, redu-

(68) Abb. in cap. cùm Dilecti de Empt. & vendit.

(69) Cap. inter cæra de re iudicat. DD. Cobbar. pp. quæst. 3. num. 5.

(70) DD. Salgad. de Reg. Proct. Part. 3. Cap. 9. per totum.

(71) Super L. 2. tit. 17. Lib. 4. N. R.

(72) Vantius de Nullit. in tit. de Nullit. ex defect. Proces. fol. 500. num. 48.

reducidos, à que, habiendo renunciado el traslado en que havia de replicar Doña Maria Francisca; no se le diò à èl para que alegase: y que no se recibieron à Prueba, siendo un Juicio Possesorio Plenario.

28. En quanto al Primero, la omision, que se nota, dice relacion precisamente à la conclusion; y como esta, sin embargo de que para ella deban preceder sendos Escritos de cada Parte; (73) no se comprehenda, ni pertenezca al orden substancial, sino al Judicial de Solemnidad, ò Justicia, no puede por lo fundado viciar, ni anular el Proceso, y mucho menos dicho Auto del Ordinario. (74)

29. A la manera, que sin embargo de que por la Decision conciliar del Tridentino, y Motu propio del Señor Pio V. (75) està determinada la forma, que inviolablemente se ha de observar en las Vacantes, y Provisiones de los Beneficios Parroquiales, de tal suerte, que no observandose, son nulas, y de ningun efecto: y que por dicho Motu propio se previene, (76) que se han de llamar por publico Edicto; los que quisieren venir à exâmen, y concurso, y prescindiendo por ahora; si la omision de la fixacion de semejante Edicto anula la Collacion del Beneficio, en que están divididos los AA.; queriendo unos, que como Forma Substancial su omision haga nula la Collacion: otros por el contrario, y con mas fundamento, que no induce nulidad: y en el supuesto de haverse de fixar, y publicar dicho Edicto con

(73) L. 9. tit. 6. lib. 4. N. R.

(74) Hostiens. in Sum. in tit. de Sentent. §. qualiter.

(75) Conc.Trident.Sess.24. de Reform. cap. 18.

(76) Motu Prop. Pii V. que empieza: In conferendis. Sub data 15. Kalendas Aprilis ann. 1566. in Bullar. 32.

con el termino de diez dias, sin que se pueda prorrogar por mas tiempo, que por otros diez dias; si acaso, se propone con mas termino de dichos veinte dias; si se anularà la Provision, ò serà nulo el Edicto en quanto à el mas termino, que concede contra la expresa Decision Conciliar, y Motu proprio: se resuelve, que no es nula la Provision, sino el exceso del termino concedido: (77) bien, que siendo por el contrario, esto es, concediendose menos termino de los veinte dias, seria nula la Provision: (78) Siendo la razon, que en el primer caso, como que el exceso no pertenece à la forma precisa de la Provision, no la anula: en el segundo si: porque no es facultativo en el Juez abreviar, ò restringir el termino concedido por la Ley: asi pues, en el presente caso, como que dichos traslados, que deben preceder à la conclusion, y esta sea de los Preparatorios del Juicio, y no respecten à su substancia: la omision de alguno no puede inducir su nulidad.

30. A mas de esto, es ociosa la Duplica, de que se quexa haversele privado el Don Josef, por no haversele conferido traslado de la renunciacion del que se le comunicò à la Doña Maria Francisca, porque ya tenia alegado largamente; y como nada se alegò de nuevo por dicha Religiosa; sino haver renunciado; vendria à incidir en repetir lo mismo; pues nada tenia, que, ni sobre, que bolver à alegar: y asi no serviria de otra cosa, dicho traslado, sino

(77) Garcia de Beneficiis. 2. tom. 9. part. cap. 2. num. 46.

(78) DD. Salg. loc. proxime citat. à num. 50. usque ad 59.

de procrastinar la Decision en lo principal; con perjuicio de la Causa publica, que se interesa tanto en la mas breve pronta expedicion de los Pleytos: (79) ¿y como à la sombra de esta omision podrà sostenerse la pretensa nulidad? Quando la de la citacion para la Sentencia, siendo de Substancia del Juicio, no la induce; en sentir de muchos (80) afirmando, que basta la primera citacion hecha en el Proceso: Y quando la Practica de mandar traer los Autos, quando por una de las Partes se renuncia el traslado, pidiendose, que se traigan, se halla adoptada, y recibida por los Tribunales; lo que constituye (81) Derecho firme, capaz de derogar à la Ley: y el Juez que juzga contra èl hace el Pleyto suyo, pues se debe estar, y seguir el estilo: (82) à que agregandose, que notificado, y hecho saber el Auto, en que se mandaron llevar, al Dòn Josef: lo consintiò, y ni pidiò reformacion, ni apelò, ¿con que de donde quiere ahora sacar la imaginada nulidad?

(79) L. Properandum Cod. de iuditiis. Cap. fin. de Dolo & contum.

(80) Idem Vant. de Nullit. ex defect. citat. fol. 399. per totum.

(81) L. more majorum ff. de. iurisdict. omnium Judic. Lancelot. de atent. super ea.

(82) Aymon Sabilia con. 201.

31. Tampoco puede fundarse dicha pretensa nulidad en la omision de haverlos recibido à Prueba; pues no hubo necesidad, ni la hai para que en esta segunda Instancia se hayan de recibir; la Prueba en los Juicios absolutamente no es de substancia, sino de orden de ellos, (83) y por tanto nunca su omision podra anular el Proceso, segun lo fundado en los numeros antecedentes. Mas: para que se diga, que se ha discutido, y conocido plenamente; no es nece-

(83) Segism. Escasia de sentent. cap. 1. gloss. 14. quæst. 20.

necesario, que el Pleyto se huviera recibido à Prueba; quando, como en el presente caso, la Determinacion consiste en punto de Derecho, y en la inspeccion de la Fundacion de este Mayorazgo: pues entonces no se deben recibir, ni conceder terminos para hacer probanzas. (84)

32. Aunque se quiera reponer, que aunque es verdad, que està defendido, (85) que en la Instancia de apelacion se haga Prueba, pero que esto se limita, quando no es sobre los mismos articulos, ò hechos articulados en la Primera; ò quando en esta no se hizo alguna, (86) esto es asi; pero, como và hecho ver, y convencido, que no hai necesidad de semejante Prueba, y que la que hecha no aprovecha, ni puede dañar à la otra Parte, no se debe hacer, ni admitir, y si se hace es nula, y no vale: (87) con que siendo de esta clase la que pretende hacer el citado Don Josef de Saavedra, es visto, que ni pudo, ni puede admitirse: por reducirse à querer justificar, que la fundacion de este Mayorazgo en question, se hizo, no del Tercio y Quinto de la Fundadora, sino del caudal de D. Martin Marmolejo: (88) Pero esto ademàs de convencerlo, lo resiste la misma Fundacion; pues asi lo confiesa la Fundadora, y su hija Doña Beatriz Perfecta (Casa 6) afirmando no haver Fundacion, ni Institucion alguna del dicho Don Martin Marmolejo para dicho Mayorazgo: sino haverla dexado por su Coheredera, por lo que hizo suyos los Bie-

(84)

L. ad Probationem. Cod. de Probat.
LL. 4. & 9. tit. 6. lib. 4. N. R.
CC. cùm inter de Election.
Innocenc. sup. eo n. 2.
C. Constitutis eodem tit.
Et Bald. super eo.
Menoch. de arbitrar. c. 53. n. 6.
Franch. decis. 221. n. 12. ibi:
Et dictum fuit non obstare quod terminus datus non fuerit, tùm quia Punctum Juris videbatur esse merè, quo casu sine termino potest causa expediri.
Azebed. in leg. 4. & 9. tit. 6. lib. 4. N. R. n. 9. Ibi: vel quia in lite non est necessaria Probatio; quia ex inspectione Instrumentorum causa determinari potest; & tunc non datur Terminus ad probandum, sed potius diffinitivè terminatur causa, prout textus noster disponit cuius dispositio singularis est.

(85)

L. 4. 5. & 9. tit. 6. lib. 4. N. R.
Fontan. deciss. 239. & sequent.

(86)

L. 4. tit. 6. lib. 4. N. R.

(87)

Ead. L. 4. & ibi.

(88)

Mem. ajust. n. 4. & 5.

Bienes, que este le dexò con el encargo de que fundase dicho Vinculo: Esto no fue fundar, sino aumentar el caudal de su Prima, para que tubiese mas fondo para hacer la fundacion expresada: y quando las mismas fincas de que se dotò, califican, que eran de la Doña Elvira, que asegura excedian los seis mil ducados en que consistia el Caudal, y Herencia de dicho su Primo Don Martin, tanto, que dudandose, si cabria en el dicho Tercio, y Quinto del caudal de la Fundadora; concurriò su hija Primogenita Doña Beatriz Perfecta, (Casa 6) consintiendo en la dicha Fundacion aunque excediera, y gravàra sus Legitimas. (89)

33. Que no habiendo mas Prueba, que la asercion de la Fundadora de este Mayorazgo, se ha de estar à ella, sin que en parte se pueda aceptar, y en parte ir contra ella; (90) à que agregandose las demas circunstancias de la Fundacion, hacen conocer, que por ser qualificada dicha asercion es bastante: sin que se pueda ir contra ella; y con mayor fundamento no habiendo, como no hai Autos de Testamentaria, ni Particion, que por muerte del expresado Don Martin Marmolejo se hubiesen hecho; y mas siendo probablemente imposible, que haya Testigos, que desde el año de 1713. puedan ahora decir en lo que consistiò el caudal, que heredò dicha Fundadora, lo que califica la ociosa, è inutil, que es la Prueba, que el Don Josef Saavedra (Casa 10) solicità hacer; y para lo que pretende se hayan de

(89) Idem Mem. ajust. n. 5. 6. & 11.

(90) Gutierr. lib. 3. Pract. quæst. 19.
DD. Valenz. conc. 126.
DD. Vela Disert. 24.
Barbos. Vot. decis. 126.
Cap. cùm venissent. de institut.
Gom. in 3. variar. cap. 3. n. 26.

de recibir los Autos à ella, en esta Segunda Instancia.

34. Serviria de otra cosa, dicha Justificacion, que ahora se trata de hacer, que de procrastinar, y hacer interminable este Litigio, quando fuera posible hacerse, y no embolviera tantas dificultades? Ni en que podria dañar à la dicha Doña Maria Francisca, ni menguar el claro fundado Derecho, que tiene y la asiste: (91) con que es visto, no debe admitirse.

35. Pero si aun todavia, contra todo lo asi fundado, se quisiere dudar de la validacion del Proceso, y Providencia del dicho Ordinario: Aun en semejante duda, con precision se debe juzgar por el valor de estos, y contra la imaginada nulidad; (92) por ser fundado presumir, y juzgar siempre por el valor y subsistencia del Auto: Siendo esta doctrina transcendental à Matrimonios; Dispensaciones, Rescriptos, Privilegios, y otros qualesquier actos: con que en ningun concepto procede justa la Pretension del Don Josef Saavedra. Nada persuade contra esto el què el Juicio sea Posesorio, pues lo asi discurrido procede, y tiene lugar en todos, sean de la clase que fueren; ademas, que en este, por ser Posesorio, solo deben verificarse, y probarse los extremos señalados por la Ley: (93) sin que haya necesidad de otra cosa.

36. Confiada, pues, dicha Religiosa, no tanto en estas Legales Reflexiones, quanto en la Integridad de tan Sabio, Recto Senado, donde se ha de ver,

(91)
L. 32. tit. 4. lib. 2. N. R.
L. 7. tit. 14. Part. 3.

(92)
Pat. Sanch. de Matrim. lib. 8. Disp. 21. num. 21.
Vicent. Vant. de Null. tit. fin. num. 127.
Ibi: Studere oportebit, Numquid Nullitas objecta aliquo modo ex jure, vel ex facto offuscari possit: quo etiam re existente dubia, contra nullitatem, & ut actus sustineatur, & magis valeat, quàm pereat, judicari debebit.
Tancredo de Matrim. lib. 8. disp. 21. n. 9. ibi: Si dubium sit, an veritas satis sit explicata in Petitione Dispensationis, præsumitur validam esse Dispensationem, & veritatem explicatam.

(93)
L. 40. Taur.

y determinar este Litigio: y de quien con mas fundada razon, que la con que aplaudiendo otro, exclamaba el Docto Fontanela; (94) nos està continuamente dando motivo, no solo para alabar, sino tambien para admirar la Summa Prudencia, y Rectitud, que guarda, y observa en la Decision de las Causas, que en èl se ventilan, y juzgan; y aun para presumir, que asi este, como los demas Regios Tribunales, que Dios ha constituido en la Tierra, para la administracion de Justicia, parece tener algo de Divinos, para arbitrar, y juzgar siempre lo justo. Fundadamente espera se haya de confirmar, con costas, la referida Sentencia del Ordinario de Utrera dada à su favor = Abril 29. de 1786.

(94) Font. de Pact. Nupt. claus. 6. gloss. 3. part. 5. n. 8. ibi: Laudavi sæpè nostri Senatus in decidendis causis summam Prudentiam; nec unquam desinam laudare simul, & admirari, quia continuò motivo nobis dat; nè dum sufficientia, sed & complacentia, quis prudentius rem hanc tractasset; aliquid Divinitatis habere debent istæ congregationes, quas Deus in terra instituit, pro ministranda Justitia, ut quæ justa sunt, & æqua semper iudicent, & arbitentur.

S. J. O. T. D. S. D. C.

Està conforme à el hecho de los Autos con arreglo à el memorial ajustado.

Lic.do D. Fern.do Saturnino Solano.

Lic.do D. Tomás Romero Agredano.